39. de exclusion de derecho de alimentos [illegible] ellos y [illegible] [illegible] 486



P O R
DON GASPAR
DE TEVES Y GVZMAN,

Hentilhõbre de la Camara del Serenisſimo ſeñor Infante Cardenal, Marques de la Fuẽte, Azemilero mayor de ſu Mageſtad, como marido y conjunta perſona de doña Vrſula Fernandez de Cordoua ſu muger,

EN EL PLEYTO

Con doña Ana de Mendoza, como madre y curadora de doña Luyſa Iacinta de Cordoua.

Impreſſo en Granada, por Martin Fernandez en la calle de los Gomeles. Año de 1631.


RETENDE LA PARte del Marques, q̃ los trezientos ducados que de alimentos ſe obligò de dar y pagar en cada vn año don Antonio Fernãdez de Cordoua Marques de Valençuela, como padre de la dicha doña Vrſula a la dicha doña Luyſa Iacinta, y que por ſentencia de viſta ſe confirmò, ſe han de reformar, atento a que la dicha tranſaccion no la pudo hazer el Marques, y a que en materia de alimentos no ay coſa juzgada, y q̃ oy no es inmediata ſuceſſora la dicha D. Luyſa Iacinta, que tiene de que poderſe ſuſtentar, q̃ es ſobrina del Mariſcal de Alcala, hija de ſu hermana, que tiene doze mil ducados de renta, y mas de cien mil ducados de bienes libres, que ſu madre es rica, que ella tiene bienes propios, que quando ſe dieron eſtos alimentos era la dicha doña Vrſula muy niña, q̃ deſpues acà ſe ha caſado con el dicho dõ Gaſpar de Teues ſu marido, que han crecido las obligaciones, y las cargas en la renta de la dicha doña Vrſula, que cõ la careſtia de los tiempos ha venido en gran quiebra, y diminuciõ. De todo eſto tiene hecha prouança, en eſpecial con teſtigos q̃ lo dizen aſsi, que el mayorazgo de los Piſas no vale tres mil ducados, que tiene cargas, obligaciones de reparos, gaſtos de lo q̃ ſe da al mayordomo que adminiſtra en Rute, y a quien adminiſtra en Granada, que todo eſto mõtara en cada vn año vno con otro mas de quinientos ducados.

¶ Es hecho notorio que doña Luyſa Iacinta no es inmediata ſuceſſora, y que de preſente tiene hijos la dicha doña Vrſula, que han de ſuccedar en ſu caſa: y es hecho notorio q̃ la tran-

ſaccion

faccion de los trezientos ducados la hizo el Marques de Valençuela, padre de la dicha doña Vrsula, que la sentencia de vista que la mandò guardar passò en cosa juzgada, sin suplicarse della, que entonces era muy niña la dicha doña Vrsula, y para en prueua que la tassa de los dhos alimentos fuesse excessiua, ay presentada executoria por esta parte de que a vna tia se le dierõ solos ciento y cinquẽta ducados de alimentos, y demas que se prueua que la dicha doña Ana de Mẽdoza es rica, y que no tiene otra hija, y que su tio el Mariscal tiene la cantidad de renta, y bienes libres que se ha referido, se presenta por la dicha doña Vrsula la hijuela de particion que de los bienes de su padre cupo a la dicha doña Luysa Iacinta, que es cantidad de 650U. marauedis.

¶ Con esto auiendo puesto excepciones la parte de la dicha doña Luysa, negando las causas que ay para reformacion de alimentos, y antes pidiendo nueuo aumento dellos, y despues, de que primero se valio, de que no auia de responder a la demanda, y huuo executoria sobre que respondiesse, y autos de vista y reuista para que esta parte respondiesse al nueuo pedimiento de aumento de alimentos: hechas prouanças el pleyto està concluso y visto, y para que se determine en fauor del dicho Marques, y la dicha doña Vrsula su muger, se reduzira esta alegacion a dos articulos. En el primero se fundarà, que la transacion fue nulla, q̃ huuo omission, y colusion en el pleyto que la confirmò, y que la sentencia en materia de alimentos no haze cosa juzgada. En el segundo, que han cessado oy las causas porque se dio la dicha sentencia, y que las ay legitimas, para q̃ esta parte no pague alimẽtos, o por lo menos se reformen.

PRI-

1 ¶ El fundamento de la parte contraria para excluyr la accion desta parte, es dezir, que tiene en su fauor transacion, y cosa juzgada, que casi todo viene a ser vno, y en este caso lo es, porque la cosa juzgada cayò aprouando los alimentos tassados en la transacion, que otorgò el Marques con la parte cõtraria, y que asi tiene en su fauor la decision del texto, in l. causas, C. de transactionibus, l. non minorem, eod. tit. cum similibus, l. Lutius 78. §. final, ad Trebellian. l. 34. tit. 14. partit. 5. & quæ latè tradunt D. Molin. lib. 4. cap. 9. à num. 36. Gutier. lib. 2. practicar. quęst. 141. Ceuall. to. 1. q. 89. à num. 6. Mantic. de contract. lib. 26. tit. 9. Fachineus, lib. 2. controuers. iur. c. 22. vers. Ego, & cap. 26. vers. Ego eorum sententię adhęreo, Anton. Faber, de erroribus, decade 1. error. 7. & decade 8. errore 10. folio mihi 187. y de manera que dize Baldo en la ley si non sortem, §. adeo, in fine, de conditione indebiti, que *sicut aqua extinguit ignem, ita transactio extinguit litem*, Cardinal. Mantica, d. lib. 26. tit. 1. num. 7. y el mismo Baldo en la l. 1. num. 2. & 4. C. quando prouocare non est necesse, en fauor de la cosa juzgada, dize, que *victoria habet & operatur effectum substantiæ in commutabilem, ita vt qui semel vincit amplius perdere non possit*, Grat. decis. 197. n. 4.

2 ¶ Pero sin embargo de lo referido auemos de prouar que la parte de doña Luysa Iacinta no tiene en su fauor, ni transacion, ni cosa juzgada, transacion no, porque conforme a la dicha l. causas, C. de transactionibus, para que la transacion acabe el pleyto, y tẽga efeto de tal, es necessario que sea legitima, vt sic Imperator in d. l. causas, ibi: *Causas vel lites transactionibus*

legitimis finitas amplius restaurari non oportet. Que esta transacion fuesse nulla, es manifiesto por los autos, porque la otorgò el Marques de Valençuela como padre de la dicha doña Vrsula y sin la solemnidad de derecho necessaria que deuia interuenir, porque es la transacion especie de enagenacion, vt probat text. in l. cum ij, §. transactionem, versic. alienationis, ff. de transaction. vbi gloss. Y auia de auer interuenido la misma solemnidad, informacion de vtilidad y prouecho, y decreto de juez que se requiriera para enagenacion de bienes; y sin estas calidades fue nulla la dicha transacion, como lo fuera la enagenacion, per text. in l. magis puto, §. non passim, ff. de reb. eorum, l. ob ęs alienũ, C. de præd. mino. & probat tex. in l. 60. titu. 18. part. 3. Anton. Gabriel, consil. 36. num. 27. Petrus Surd. decis. 231. num. 10. & decis. 77. Ricci. collect. 345. & collectan. 2174. Scobar de ratiocinijs, capit. 16. num. 30. Mastrill. decis. 13. à num. 8. Fachineus lib. 3. controuers. cap. 3. Caldas de emptione & vendit. cap. 13. a nume. 15. cum sequentibus. Ioseph Sese, tomo 4. decis. 422. & 423. Gironda de præuilegijs, quæst. 115. num. 628. ad 632.

3 Sin que pueda valerse la parte cõtraria de dezir, que por el priuilegio de la causa, y ser transacion sobre alimentos, no se deuian requerir las dichas solemnidades, quia venter non recipit dilationem, l. si quis a liberis, §. 2. de liberis agnoscend. Surd. de aliment. titul. 8. priuileg. 2. Cęsar Barcia, decis. 69. num. 7. & 27. Trentacinq. variar. resolutionum, lib. 1. titu. de alimentis, resolut 1. num. 16. Y esta causa de alimentar se tiene por tan precissa y necessaria, que para ella la venta de bienes

nes le està permitido al tutor aun hazerla diebus feriatis, Stephan. Gratian. tom. 1. discep tat. cap. 33. num. 22. & 23. Y la razon la da elegantemente Fontane. tom. 2. de pactis nup tialib. clauf. 6. glo. 2. par. 4. nume. 48. fol. 412. & 413. ibi: *Ratio non est cur adducatur quia satis illa patens est, quia venter (vt communiter dici tur) & omnes qui viuimus experimur non patitur dilationem.*

4 Porque este priuilegio, y las demas prerro gatiuas de la causa de alimentos, solo han lugar en los prouisionales, y que iudicis offitio præstantur, y no en los que se piden iure actionis, haziendo processo formal sobre ellos, vt eleganter distinguit Afflict. decis. 152. à nu. 9. Flores de Mena lib. 1. variar. resolutionum quæst. 14. vbi late distinguit, quando appellatione remota procedatur, Zeuallos, 4. tom. quæst. 897. a num. 912. vsque ad 920. & tomo 5. quæst. 162. Riccius in decis. Curiæ, p. 2. decis. 131. Dom. Francis. de Leon, decis. 28. num. 10. Salgado de Regia protect. par. 3. cap. 2. per totum.

5 Facit etiam, que el padre legitimo adminis trador como ni el tutor, ni el sindico, no pueden hazer compromisso ni transacion sin decreto y permision de juez particular para ello & in sindico ciuitatis, probat text. in l. 24. titul. 4. part. 3. Bobadilla lib. 3. de su politica, cap. 8. num. 83. & in tutoribus & curatoribus dicit eleganter Stephan. Gratian. discepta. tomo 3. cap. 586. a numer. 52. cum seqq. ibi: *Adeo vt laudum inde secutum semper dicatur nullum l. si pupillus de arbitrijs, l. si minor, §. minores, ff. de minoribus, maxime quia sumus in compromisso de iure & de facto, quod nũquam potest per curatorem fieri, neque aliquod statutum, ita disponens includit minorem, prop*

ter

ter authoritatem aufferendi vni, & dandi alteri quod tanquam redundans in damnum minoris, illum non potest ligare. Alex.consi.62.num.17.lib.7. Y las solenidades y decreto no las huuo en nuestro caso antes de hazerse la trãsacion; y del mismo pleyto resulta el engaño que huuo contra doña Vrsula, concertandose de dar trezientos ducados, en lo que en el Audiencia se auian señalado ciẽto y cincuenta.

6 ¶ Demas de la dicha nulidad huuo omission y colusion conocida, porque siendo estos bienes de mayorazgo, y administrandolos entonces el Marques como padre de D. Vrsula, el hecho descubre las nulidades, negligencias y omissiones q̃ huuo de auer dado tã grande cantidad de alimentos, en hazienda tan corta, y de tantas cargas, y de sobrina a tia, caso tan dificil en derecho, como resulta de los fundamentos que trae Mario Giurba, decis. 5. per totam, & dicetur articulo sequenti. Y auiendo colusion, como es, no auer suplicado el Marques de la sentencia que se dio, confirmando la transaciõ, que es la mayor y mas manifiesta colusion de las colusiones, D. Molin lib. 4. de primog. cap. 8. num. 10. ibi: *Ideo, tunc pari ratione dicendum erit quando maioratus possessor qui litem etiam diligentissimi, & bona fide prosequutus fuit a sententia contra ipsum lata, non appellauit, vel supplicationem ab illa nõ interposuit,* & idem refert P. Molin. tract. 2. disp. 647. num. 5. Y generalmente, de todo el pleyto resulta con la negligẽcia que anduuo el Marques haziendo la nula transacion, y no solo escusando la aprouacion della, y la tassa de alimẽtos tan excessiua, sin vsar de los remedios oportunos que deuia, para estoruar darse alimentos a doña Luysa Iacinta, y sin hazer prouanças de las cargas de la hazienda, y cortedad della, ne-

gligencia

gligencia conocida, *nam negligens dicitur, qui non vtitur remedijs oportunis ad actum*, tex. in l. final, §. illud, vers. Nisi ipse appellatur, C. de temporibus appellatione, Craueta, cons. 132. num. 4. Becci. cons. 37. nu. 5 D. Alfonsus Perez de Lara pater meus, lib. 1. de anniuers. cap. 20. num. 62. & cap. 11. a num. 39. particularmente en el padre, o tutor, qui tenentur inuestigare ratione officij, Caldas, quæst. forens. quæst. 6. num. 104. & latissime & doctissime D. don Ioseph Vela, in repet. legis contractus, ff. de reg. iur. a num. 1. & a num. 42. cum sequentibus, & Matien. in eadem repetitione, num. 22. & 28. cum sequentibus.

7 ¶ Y esta negligencia la llamò dolo y culpa la ley dolus, ff. mandati, glos. in l. si ab hostibus, §. fin. ff. soluto matrimonio, *& quod sit culpa, non facere omnia quæ oportent*, probat text. in l. qui occidit 30. §. fin. ad l. Aquiliam, D. meus, vbi sup. d. cap. 20. num. 62. & in culpa is est, qui negligens est, Ioan. Bapt. Laderchius, cons. 99. n. 3. per tex. in l. si fideiussor, ff. mandati, & in l. si præterea, vbi glos. verbo, appellatione, C. de fideiussoribus, Bald. cons. 395. num. 4. vol. 2. Angel. cons. 177. num. 3. Franc. Marc. par. 1. decis. 582. Magoni. decis. Florent. 30. num. 1. decis. Lucensi 92. Panciroļus, cons. 16. num. 20. Bursat. cons. 53. num. 31. Rota Genuens. decis. 89. Anton. Hering. de fideiussor. cap. 26. num. 11. Marta, voto 100. num. 2. y con distincion y dctrina de santo Tomas, secunda secundæ, q. 55. art. 5. explicat Paulus Comitolus Perusin. in tract. de contractu scientiæ vniuersæ reuocato, par. 2. cap. 7. num. 7. Mari. Giurb. decis. 4 num. 6. ibi: *Culpam autem intelligo negligentiam & desidiam, ad text. in §. preterea, instituta quibus modis retrotractitur obligatio.*

8 ¶ Luego la negligencia desidia, y descuydo conocido, que por los autos parece auer tenido don Antonio Fernãdez de Cordoua, Marques de Valençuela, en hazer la transacion, y en dar cantidad tan grande de alimentos, y en la prosecucion sobre la confirmacion del pleyto de la transacion, manifiesta la negligencia, la omissiony colusion; y con estas cosas no puede causar perjuyzio a doña Vrsola, ni a su mayorazgo, la transacion, ni la cosa juzgada, vt probat text. in l. ex contractu, ff. de re iudicata, ibi: *Nisi culpa tutoris*, l. a sententia, l. si perlussorio, ff. de appellationibus, l. si seruus plurium, §. 2. & §. si quis ante, ibi: *Vel minus plenè*, de leg. 2. vbi Bart. & DD. communiter, D. Molina, lib. 4. c. 8. num. 6. Pinel. l. 1. §. 3. n. 50. C. de bonis maternis, Ceuall. quæst. 636. P. Molin. disp. 647. tract. 2. Mier. in opere nouissimo. 4. par. quæs. 14. in tota, Mari. Giurb. decis. 1. num. 15. Iuan Bapt. Valençuel. Velazq. cons. 60. num. 23. D. Paz, de tenuta, cap. 43. num. 1. Vincent. Fusar. quæst. 622. & latissime D. D. Ioann. del Casti. tom. 6. cap. 157. per totum, D. Alonso Perez de Lara mi padre, in compendio vitæ hominis, cap. 20. a num. 54. cum seqq.

9 ¶ De suerte, que la transacion por nulidades, y todo lo demas actuado por omissiones y colusiones, no ha podido, ni puede perjudicar a doña Vrsula: pero quãdo dixeramos, que la transacion auia sido legitima, y sin nulidad su aprouacion, y que la cosa juzgada auia caydo y seguidose juridicamente, es nuestro instituto prouar, que la sentencia y cosa juzgada en materia de alimentos, no obra, ni puede, derecho de cosa juzgada variable, ni incomutable: porque como el darse estos, diminuyrse, acrecẽtarse, o cessar, pende de la cantidad de hazienda,

da,diminucion,o aumento del que paga los alimentos,pobreza,o riqueza del que los recibe, en qualquier tiempo que se variare la sustancia y calidad de lo necessario que interuino, para darse,o negarse los alimentos,cessa el efeto de la cosa juzgada, probat elegans text.in l. ius alimentorum,§.fin.ff.vbi pupillus educari debeat,& tenet eleganter Cardin.Tusch. practicarum conclusionum, tom.3.lit.E.concl.382. num.9.Marta,de iurisdictione,2.par. cap.43. num.77.y es la razon;*quia sententiæ causa cessante, cessat ipsa sententia*,Tiraq.tract.de cessante causa, in princ.num.240.& quia *quando causa sententiæ reddit ad non causam, sententia retractatur*, secũdum Paul.de Castr.in l.Imperatores,ff.de re iudicata, Mier. 4.par. quæst.1. limit.1.num.72.hinc est,*quod cessante causa sententiæ, quia superuenit noua causa,cessat sententia,etiam in rem iudicatam trãslata*, probat tex.in l.3.C.de exhibendum, l. si fullo, vbi notat Bald.ff.de condit.sine causa,l.mater, §.eandem,l.si ijs qui hæres,in princ. ff. de re iudicata, & quia quando res iudicata tempore mutatur nõ facit,nec causat ius,per l.arbitrio, ff.qui satis dare cogantur, l.si rem meam, & l. sequenti,ff.de except.rei iudicatæ,Tiraqu. vbi sup.de cessante causa,par.1.num.232.fol. 87. Valasc.consul.51.num.42.Y en nuestros propios terminos de causa de alimentos, ita resoluit Salgad.de Reg.protect.par.4.c.7. num.89 ibi:*Si tamen perueniat excipiens ad pinguiorem fortunã variantur, & augentur alimenta, exceptioque variatur secundum augmentum, & diminutionem bonorum.* Et num.97.ibi:*Et quod alimenta crescant, & decrescant, crescente, vel decrescente patrimonio alimentati, vel alimentantis,etiam post sententiam & taxationem iudicis,tenet Albertus Brunus, in tract. de augmento, concl.12.num.5. Gozadin.concl.95.num.4. Floria.*

de sancto Petro, in l. si & si quis, §. mancipiorum, ff. de vsufructu, DD. in l. si cum dotem, §. leuissimo, ff. soluto matrimonio, late & optime Marquesanus, tracta. de commissionibus, 1. par. cap. 18. a num. 48. Palac. Rub. in rubri. de donationibus inter, notabili 3. §. 23. num. 7. fol. 354. Surd. de alimentis, tit. 5. quæst. 7. num. 58. Poscasil. in l. si qua illustris, num. 93. C. ad orficianum, optime Gratian. discept. forens. tit. 2. c. 232. num. 5. optima Rota decis. 431. per Farinat. vbi etiam si taxationi consensisset, quibus adde, quos congessimus superius a num. 18.

10 ¶ Y la misma resolucion tuuo la Rota apud Farinat. decis. 31. num. 4. & decis. 538. par. 1. tom. 1. & tradit Mari. Giurb. in consuetudinibus Senatus Mesanensis, par. 1. lucubrationum, cap. 7. glos. 14.

SECVNDVS ARTICVLVS.

11 ¶ Presupuesto que en el Articulo antecedente tenemos fundado, que en materia de alimentos no ay cosa juzgada, porque se variã conforme a las causas que de nueuo sobreuienen; en este segundo nos tocarà fundar, que auiendo como ha cessado, el ser inmediata sucessora doña Luysa Iacinta, como es notorio de los autos; y auiendo sobreuenido el casarse doña Vrsula de Cordoua con el dicho Marques de la Fuente su marido, y con esto nueuos gastos y mayores obligaciones; y auiendo la prouança que ay tan grande, de que el Marques no tiene bienes para subleuar estas; y que los del mayorazgo de doña Vrsula, con la esterilidad y aprietos de los tiempos han tenido y tienen diminucion conocida en sus rentas, y nueuas cargas de reparos y administradores, es sin duda que deuen cessar los alimentos, aunque huuiera

uiera auido legitima transacion, o cosa juzgada, o por lo menos minorarse; y para esto bastaua el auer doña Luysa Iacinta dexado de ser inmediata sucessora: porque esta prerrogatiua, y el de ser vn hijo primogenito, obra ser mayor la cantidad de alimentos que se le conceden; primogenito enim debent dari maiora alimenta, probat elegans glos. in cap. quam periculosum, in vers. Primatus, 7. quæst. 1. & trad. in terminis Petr. Surd. de alimentis, tit. 4. quæst. 18. num. 24. & 25. ibi: *Tamen pinguiora & ampliora alimenta dat filio primogenito, quam alijs, ita voluit glos. in cap. quam periculosum, in vers. Primatus, 7. q. 1. vbi ait, quod duplicatos cibos recipere debet.* Et ibi: *Tunc enim ratione spei, dicitur quodammodo dominus viuente patre, & tanquam tali: ampliores expensæ sunt exhibendæ.* Esta esperança y sucesion inmediata cessò ya en doña Luysa Iacinta; y assi deuen cessar, sino todos, la mayor parte de sus alimentos.

12 ¶ Lo otro, porque fundado, como lo està, que en materia de alimẽtos no ay cosa juzgada, ex d. l. ius alimentorum, §. fin. vbi pupillus educari debeat, quando dixessemos que doña Luysa Iacinta tuuiera necessidad, que no la padece, porque tiene hazienda, como consta de la hijuela de particion; y doña Ana Maria su madre es rica, a quien puede pedir alimẽtos, ya es notorio la dificultad que por derecho tiene, el que los sobrinos deuan alimentar a los tios; pues podemos dezir, que no ay ley que disponga, que el sobrino alimente al tio, ni el tio al sobrino, y esta obligacion de alimentar entre los colaterales, no passa, ni se estiende vltra primum gradum, que son los hermanos, l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat, l. 1. de tutelis & rationibus distrahendis, auth. quibus modis naturales efficiantur sui, §. si quis ergo

habens, l. Mutius, vers. Manente, ff. de iur. dot. l. quamuis, ff. solut. matri. l. tutor, §. fin. de administrat. tutor. l. si quis pro vxore, §. fin. ff. de donationibus inter virum: los quales textos cita el P. Molina, tractatu 2. de maioratibus, dispu. 616. num. 5. ad fin. Mari. Giurb. decis. 5. nu. 3. & ita, *quod vltra fratres hæc obligatio non porrigatur*, tenet Alex. post Angel. & Ioann. de Immola, in l. 1. num. 20. ff. soluto matr. Ripa, ibidem num. 68. Godofred. in l. 1. C. de alendis liberis, Afflictis, in constitut. Regni Siciliæ, l. 3. rub. 18. num. 44. Bald. Nouel. de dote, 6. par. principali, specialitate 16. nu. 15. vers. Quid autem in patruo, Campeg. de dote, par. 1. quæst. 19. Paris. cons. 16. num. 79. lib. 5. Siluan. dicens communem, cõs. 33. num. 22. Siluan. cons. 23. num. 2. Guillelm. Benedict. in cap. Raynuntius, verbo, dotem quem dedit, num. 66. de testament. Acosta, lib. 2. selectarum, cap. 20. num. 2. D. Molin. lib. 2. cap. 15. nu. 67. D. Cordoua de Lara, d. l. si quis a liberis, §. idem rescripsit, num. 108. Spino, de testamentis, glos. 19. in princ. Ioann. Garcia, de expensis, cap. 3. num. 35. Barbosa, plurimos referens, in l. 1. 4. par. ff. soluto matrim. nu. 142. Surdus, de alimentis, tit. 1. quæst. 27. n. 7. Franchis, decis. 178. Giurba, d. decis. 5. per totam, Mastril. decis. 85. num. 27. donde concluye y refiere auer juzgado el Senado, *quod patruus, neque ad vitam militiam, neque ad alimenta sobrino præstanda teneatur*. Y en nuestros propios terminos, que esta opinion sea la mas segura, y que en esta conformidad se aya de entender la opinion de Surdo y de Barbosa, resoluit Steph. Grati. tom. 5. disceptationum, cap. 848. nu. 16. & 17. ibi: *Cuius opinio, quamuis etiam esset vera tamen intelligitur in eo qui tenetur alere & dotare, prout in patre & similibus, quod non est in casu nostro, cum simus in patruo,*

qui

qui ad ista onera non tenetur, Corne. conf. vlti. col. 8. in princ. lib. 2. Surd. de aliment. tit. 1. quæst. 42. num. 14. vsque ad 42. Tobias, conf. 82. num. 10. cum sequentib. Aymon. conf. 89. num. 3.

13 ¶ Y aunque por la contraria opinion se ponderan diuersos textos, videlicet la ley cũ plures, §. cum tutor, ff. de administrat. tutor. y la l. 1. §. largius, ff. de succes. ædicto, l. Aurelius, §. Titius testam. ff. de liberatione legata, leyes duobus, §. fin. ff. de negotijs gestis, l. Titio 100. ff. de condit. & demonst. cap. 1. verbo, amittam, de cohabitatione clericorum, cap. cum quidã, §. fin. de iure iurando, late Cordoua de Lara, d. §. idem rescripsit, nu. 107. Montera Cueua, decis. 16. num. 15. Giurba, d. decis. 5. num. 21. 22. 23. 24. & 43. D. Castill. lib. 4. cap. 61. num. 53. & ex iure diuino põderantur aliqua exempla, cap. quæritur 22. quæst. 2. Genes. cap. 12. & 14. Giurba, d. decis. 5. num. 25. Y sobre todo se podra ponderar las diuersas executorias que en esta Real Audiencia han salido, y en otros Tribunales, en fauor de tios y de sobrinos, cuya autoridad es la mayor, l. filius 14. ff. ad l. Corneliam de falsis, l. 1. C. de officio Præfecti Prætorio, & quæ latissime tradunt en materia de la autoridad de los exemplos de Tribunales superiores, el señor Alonso Perez de Lara mi padre, lib. 1. de anniuers. cap. 10. nu. 43. & in compendio vitæ hominis, cap. 2. num. 11. & cap. 1. num. 57. y el señor don Iuan del Castillo, cap. 89. num. 97. & 98.

14 ¶ Porque demas que esto procede, como lo funda el señor don Iuan en el dicho nu. 98. data omnimoda similitudine causarum, nõ exemplis, sed legibus est iudicandum, l. nemo, C. de sentent. & interloc. omnium iudicum, l. sed licet, de officio Præsidis, ibi: *Non quod Romæ*

sit

fit, sed quod fieri debuit, Menoc. lib. 1. de præsump. quæst. 1. nu. 18. & 24. & conſ. 59. lib. 1. & conſ. 1031. num. 7. lib. 11. Peregr. conſ. 91. num. 9. Grat. cap. 127. num. 49. & tom. 3. cap. 544. ex num. 53. Valençue. conſ. 69. num. 214. Gribelus, deciſ. 20. num. 81. ibi: *Non exemplis iudicare iuuentur iudices, in l. nemo iudex, C. de ſententijs, & interloc. omni. iud.* & elegantiſsime plura cumulat in propoſito D. Perez de Lara meus pater, d. compendio, d. cap. 1. a num. 57. cum ſequentibus. Y en los caſos que en eſta Real Audiencia ſe hã praticado, no ha ſido el que tenemos preſente, de tener doña Luyſa Iacinta tio, como es al Mariſcal de Alcala, hermano de ſu madre, q̃ tiene mas de ciẽ mil ducados de bienes libres, y a quien primero ſe deuen pedir eſtos alimentos, ex auth. de hæredibus & falcidia, in princ. ibi: *Tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, patribus, atque matribus*, l. cum ratio, de portionibus (ſi bien communiter allegatur de bonis damnatorum) l. iure ſuccurſum, ff. de iure dotio, l. ſcripto, §. non ſic parentibus, ff. vnde liberi, & quæ late tradunt Beroi. conſ. 149. num. 7. vol. 2. Dueñas, reg. 87. ampliat. 4. Mari. Giurba, in conſuetudinibus Senatus Meſanenſis, par. 1. lucubrationum, cap. 7. gloſ. 12. num. 1. Por los quales textos, y por el verſillo vulgar.

Ordine turbato, ſuccedis vulgare nato,

ſe comprueua, que por naturaleza los padres y aſcendientes deuen en primer lugar alimentar a los hijos y deſcendientes, que los deſcendientes a los aſcendientes; y en caſo que eſta obligacion paſſe a los colaterales, ha y deue ſer con la meſma orden y calidad, de que en primero lugar deuan alimentar los tios a los ſobrinos, que los ſobrinos a los tios, quia amor deſcẽdit, & obli-

& obligatio aſcendit, Gaſiado lib. de amicitia, & quis modus eſſe debeat in naturali affectu, fol. 1257.

15 ¶ Lo otro, porque en eſta conformidad, y atendiendo a que en materia de alimentos no ay coſa juzgada, y que ſe alegauan todas eſtas excepciones, de que doña Luyſa Iacinta no era inmediata ſuceſſora, y que tenia el dicho Mariſcal ſu tio que la deuieſſe alimentar, ſe mãdò en el Audiencia por executoria que dello ſe deſpachò, que reſpondieſſe a la demanda de reformacion de alimentos que ſe le auia puesto, reuocando el auto del Iuez ordinario de Benamexi. Y aunque no ſe duda, que la excepcion de coſa juzgada, *poteſt opponi, & opponitur dupliciter in vim peremptoriæ, & in vim dilatoriæ*, vt tradunt Bald. & DD. in l. nam & poſtea, de iure iurando, Paz in praxi, par. 1. tom. 1. tempore 7. num. 3. 4. & 7. Marant. par. 6. cap. de exceptione, num. 13. & membro 9. num. 11. D. Pichardo, in manuductis ad praxim, part. 1. præcepto 3. num. 11. Maſtrill. deciſ. 148. num. 33. & 34. D. meus Perez de Lara, in compend. vitæ hominis, cap. 25. num. 28. Y que ſimpliciter appoſita in vim dilatoriæ cenſetur oppoſita, Signorol. conſ. 27. Eſto no puede proceder en nueſtro caſo, donde eſtà fundado, que la ſentencia en materia de alimentos, no obra efeto de coſa juzgada inuariable, Salgado, d. 4. par. cap. 7. num. 89. & ſequentibus. Y la autoridad de los exemplos y deciſiones deſta Real Audiẽcia, tienen las diferẽcias conocidas, de no auer ſido en caſo de ceſſar el derecho de inmediata ſuceſſora, ni de mandar dar alimentos de ſobrina a tia, quando la tia tiene tio rico, que la pueda alimentar. Y podemos conſiderar en fauor deſta parte, el que *ſingula quæ non proſunt, ſimul col-*

lecta viuant, Fontan. tom. 2. clauſ. 5. gloſ. 5. nu. 70. Stephan. Grat. tom. 3. diſcept. cap. 571. nu. 50. ibi: *Quæ coniectura licet fortè, per ſe conſiderata patiantur aliquam difficultatem, tamen negari non poteſt, quod ſimul iuncta non coadiuuent.* Y en nueſtros propios terminos, por auer dexado de ſer inmediata ſuceſſora doña Mariana de Monreal, muger de Alfonſo Perez de Euia, ſe reformò la cantidad de alimentos que ſe le auia dado, de pedimiento de don Iuan de Monreal que los pagaua, en la ſala del ſeñor don Melchor Caldera Freyle.

16 ¶ Y quando para fauorecer la opiniõ de deuerſe alimẽtos de ſobrinos a tios, y de tios a ſobrinos, ſe conſidere ſer la carga de alimentar, real, Caſtrenſ. conſ. 80. n. 1. Becci. conſ. 8. nu. 9. Capicc. deciſ. 164. Coleri. de alimentis, lib. 1. cap. 2. n. 53. & 55. Theſau. deciſ. 211. n. 10. D. Franciſc. de Leon, deciſ. 27. per totam, Surd. de alimen. tit. 1. q. 50. n. 1. & 2. eſto ſe entiende quando los alimentos eſtan ya aſsignados en eſpecie cierta de bienes, Franch. deciſ. 686. n. 5. Matien. l. 8. tit. 8. lib. 5. gloſ. 1. nu. 22. Gaſpar Theſaur. lib. 2. forenſ. q. 67. n. 17. Giurba, d. deciſ. 5. nu. 43. D. Caſtil. tom. 5. cap. 62. a num. 96. porque de otra manera, la obligacion de alimentar (aun en aquellos contra quien ſe dà accion) no es real; y para que ſea carga real, es neceſſario que ſe pidan los alimentos por el hijo del miſmo inſtituydor del mayorazgo; y la carga real no obra reſpeto de los hijos de qual quier ſuceſſor, vt latiſsime & eleganter diſtinguit D. D. Ioan del Caſtillo, d. tom. 5. cap. 104. a num. 45. vſque ad 52.

17 ¶ Eſto preſupueſto, y que ay tanta diuerſidad del eſtado preſente, al quando ſe obtuuo por doña Luyſa Iacinta aprouacion de alimentos,

mentos, en virtud de vna escritura nula, y con las colusiones y omissiones ponderadas en el primero articulo, no obstarà dezir, que no se deshaze, ni deue vna cosa, porque venga a esta do de que no podia començar, ex text. in l. in ambiguis 85. §. 1. ff. de regul. iur. ibi: *Non est nouũ vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initiũ capere non potuerunt*, l. fin. ff. vnde liberi, ibi: *Si postea quam filius emamcipatus bonorum possessionem patris petijt, statum suum mutauit nihil obesse ei; quo minus id quod acquisiuit retineat*, l. si pluribus 140. §. & si placeat, ff. de verb. obliga. l. de eo qui 10. §. illud, ff. ad l. Corneliam de falsis, leges enim; *Et qualibet dispositio secundũ præsentẽ statum, non secundum casus aduentitios considerari debent*, l. Iulianus 6. ff. qui & a quibus, l. plerumq; 206. de reg. iur. Matien. nouis. in repet. legis filius a patre, n. 24. cum seqq. fol. 88. & in repet. §. incertis 2. n. 33. & 34. instit. de legatis, fol. 88 firmissima enim est regula, que lo que al principio se constituyò legitimamẽte, no se vicie por ningun acontecimiento que despues suceda, probat tex. expressus, in l. sancimus, C. de administ. tut. ibi: *Non enim debet, quod secundum leges factum est, ex alio euentu retractari*, quem text. ponderat eruditissimus Ioan. Solorza. in suo tract. de iure Indiarum, lib. 3. c. 2. n. 58. y cõ muchos fundamentos lo comprueua el señor don Iuan del Casti. d. tom. 5. c. 91. n. 7. & tom. 6. c. 151. n. 16. dicens: *Quod quæ semel vtiliter constituta sunt durant cum effectu, licet casus superueniat a quo incipere non potuerint*, actus enim perfectus non vitiatur, & si deueniat ad casum a quo incipere non potuit, Aretin. cons. 74. Menoch. cons. 388. n. 38. Gamma, decis. 27. n. 4. & 5. Mier. p. 1. q. 24. nu. 20. Gutierr. lib. 2. pract. q. 1. n. 25. Thom. Sanc. lib. 8. de matrim. disp. 27. n. 28. Ceuall. q. 666.

n. 6.

n.6.D.Paz,de tenuta,c.34.n.10. Giurb.in Messanensibus,p.1.lucubrationum,c.10. glos.4.n.7.y 8.fol.623.

18 ¶ Porque se satisfaze, con que aunque los referidos son textos y autoridades innegables, tienen limitacion en el caso de aumento, o diminucion de alimentos, ex decis. d.l.ius alimentorum,§.fin.vbi pupillus educari debeat; y porque no proceden quando se requiere calidad perseuerante, para que el acto sustineatur, y sea valido, ex reg.legis pro parte, de seruitutibus,& prob.tex.in c.factũ legitimẹ,de reg.iur. in 6.vbi Pechius,n.4.ad fi.Gamm. d.decis.27. n.5. Y en semejante caso a esta accion de alimẽtos, y que la cosa juzgada sea variable, se verifica la regla de que *omnis dispositio intelligitur rebus sic stantibus, & in eodem statu permanentibus*, Ant.Thesaur.decis.81. D.D.Ioann.del Castill. lib.4. c. 59.n.9.cum seqq.& n.20.& latissime, Salgad. de Regia protect.p.1.c.8.a n.7.vsque ad n.11. Y en terminos de alimentos testifica auerse juzgado assi en la Real Chancilleria de Valladolid, Scobar, de ratiocinijs, cap.24.n.37. Y assi parece que se deue reuocar la sentẽcia de vista. Salua in omnibus D.V.C.

El Licenciado don Iuan Perez de Lara.